

VU Research Portal

Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?

van Ommeren, F.J.

published in

Schaarse publieke rechten

2011

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. J. (2011). Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte? In F. J. van Ommeren, W. den Ouden, & C. J. Wolswinkel (Eds.), *Schaarse publieke rechten* (pp. 235-265). (NILG: Markt, Overheid & Recht; No. 1). Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

10 SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN: EEN VERPLICHTING TOT HET CREËREN VAN MEDEDINGINGSRUIMTE?

F.J. van Ommeren

1 INLEIDING

1.1 *Mededingingsruimte*

De vraag die mij al een tijdlang bezighoudt¹ is de volgende: wanneer moet een schaars publiek recht door middel van een systeem met mededinging worden verdeeld? Mededinging maakt mogelijk dat de aanvragers met elkaar kunnen wedijveren om het schaarse publieke recht. Mededinging vereist dat de potentiële gegadigden de mogelijkheid hebben om een aanvraag in te dienen en dat die aanvragen op de een of andere manier kunnen worden gerangschikt. Om de gestelde vraag goed te kunnen beantwoorden, is in ieder geval van belang vast te stellen waarop die verplichting zou kunnen zijn gebaseerd. Verder is van belang te weten hoe ver die verplichting strekt: aan welke eisen moet een verdelingsprocedure in ieder geval voldoen om aan een eventuele mededingingseis tegemoet te komen? En staat een dergelijke mededingingseis in de weg aan de procedure waarbij de volgorde van de binnenkomst van de aanvraag beslissend is?²

Dit zijn belangrijke vragen, niet alleen omdat zij de academische behoefte naar beter inzicht in de betekenis van schaarse publieke rechten in het algemeen bevredigen, maar ook omdat de bestuurspraktijk thans niet goed weet of en in hoeverre het geoorloofd is dan wel verplicht is om schaarse publieke rechten door middel van een systeem met mededinging te verdelen. Op dit nieuw ontdekte terrein is rechtsonzekerheid nog troef.

1 Zie reeds: F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, Oratie VU, Deventer 2004.

2 In de Nederlandse bestuursrechtliteratuur wordt de veel toegepaste procedure van 'wie het eerst komt, het eerst maalt' (nog) vrijwel niet geproblematiseerd. Toch is daar mijns inziens alle reden toe. In hoeverre is de volgorde in de tijd, het tijdsverloop, geschikt als rechtvaardigende factor? Waarover: A. Vosskuhle, "Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!" – Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus einer modernen Rechtsordnung, *Die Verwaltung*, 32. Band 1999, Heft 1-4, p. 21 e.v.

1.2 *Aanpak: verschillende stelsels*

Teneinde met de beantwoording van deze vragen een stap in de goede richting te komen, zal ik in deze bijdrage de relevante jurisprudentie over enkele verschillende stelsels van schaarse publieke rechten met elkaar vergelijken en op grond daarvan enige algemene lijnen trekken. In de eerste plaats zal ik ingaan op de vergunningen op grond van de Wet op de kansspelen, daarna komen ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet aan de orde en tot slot een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte op grond van de Telecommunicatiewet. Verschil tussen de Wet op de kansspelen en de Winkeltijdenwet enerzijds en de telecommunicatiewetgeving anderzijds is dat in de laatste regelgeving de wetgever zich uitdrukkelijk over de verdelingsmethoden heeft uitgelaten, terwijl in de eerste twee de wetgever daarover zwijgt. Ik zal dan ook meer uitvoerig bij de jurisprudentie over de Wet op de kansspelen en de Winkeltijdenwet stilstaan. De rechtspraak over telecommunicatie dient slechts voor het contrast. Ik zal de bevindingen ook kort afzetten tegen het aanbestedingsrecht, omdat zich op dat rechtsgebied een vergelijkbare ontwikkeling voordoet. Afgesloten wordt met een samenvatting en conclusies.

1.3 *Schaarste en het transparantiebeginsel*

Ter voorkoming van misverstanden eerst nog twee korte opmerkingen vooraf. Onder een schaars publiek recht versta ik hier – overeenkomstig de vertrekpunten van deze bundel – een publiek recht waarvoor zich meer aanvragers aandienen dan er rechten beschikbaar zijn.³ Met andere woorden: de vraag naar het publieke recht overtreft het aanbod. De in deze bijdrage te analyseren rechtspraak heeft betrekking op schaarse vergunningen en schaarse ontheffingen in deze zin.

De grondslag van een verplichting tot mededinging kan in principe gelegen zijn in de wet of in een verdrag, maar ook in het ongeschreven recht. Onder het ongeschreven recht kan in principe zowel het transparantiebeginsel worden begrepen als andere (echte) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ik vestig daarop hier reeds de aandacht, omdat recent enige publicaties zijn verschenen waarin ten dele dezelfde rechtspraak wordt geanalyseerd als ik hier zal doen. In die publicaties is de vraag aan de orde in hoeverre in ons recht een transparantiebeginsel geldt of zou moeten gelden en uiteraard ook wat dit beginsel precies inhoudt dan wel zou moeten inhouden.⁴ Hoewel ten dele dezelfde rechtspraak het object

3 Vgl. Van Ommeren 2004, p. 2.

4 Zie de bijdrage van Drahmman aan deze bundel en voorts: A. Drahmman, *Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?*, in: *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Preadvies Jonge VAR 2010, Den Haag 2010, p. 143 e.v. en A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, *De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel*, in: T. Barkhuyzen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010, p. 589 e.v. Zie ook reeds:

van de analyse is, zijn de vragen die erover worden gesteld verschillend. In de publicaties over het transparantiebeginsel wordt – terecht – vrij veel aandacht wordt besteed aan schaarse publieke rechten. Maar door die andere invalshoek blijven naar mijn indruk de in de onderhavige bijdrage aan de orde gestelde vragen te zeer verhuld.

2 **RECENTE BESTUURSRECHTSPRAAK OVER MEDEDINGINGSRUIMTE: CASUÏSTIEK, VRAGEN EN OPMERKINGEN**

2.1 *Rechtspraak kansspelen: mededinging niet wettelijk voorgeschreven, toch vereist*

De Wet op de kansspelen (Wks) kent aparte voorschriften voor de zogeheten goede doelenloterijen, de staatsloterij, een instantloterij, sportprijsvragen, totalisator, lotto, speelcasino's en speelautomaten.⁵ In de hier te bespreken zaken is de een of andere vorm van mededinging aan de orde, terwijl de wet daarover zwijgt. Ik eindig de bespreking van de rechtspraak inzake kansspelen met een uitspraak die betrekking heeft op het wijzigen van de procedure gedurende de rit.

Schindler

De eerste zaak heeft betrekking op Schindler, een Duitse onderneming, die bij de Nederlandse minister van Justitie een aanvraag heeft ingediend voor een vergunning voor het organiseren van een zelfstandige goede doelenloterij.⁶ De aanvraag wordt afgewezen, omdat op grond van het restrictieve kansspelbeleid geen vergunningen voor nieuwe loterijen kunnen worden afgegeven. Schindler betoogt dat de weigering van deze vergunning een *ongeoorloofde beperking* oplevert van het *vrije verkeer van diensten* en derhalve in strijd is met (toen nog) art. 49 van het EG-Verdrag. De Afdeling bestuursrechtspraak acht dit beroep gegrond. De weigering van de vergunning, althans het beleid waarop de weigering is gebaseerd, is volgens de Afdeling geen "geschikt en proportioneel" middel. Er moet "enige vorm van aanbesteding" plaatsvinden, waarbij volgens de Afdeling:

S. Prechal, De emancipatie van het 'algemene transparantiebeginsel', *SEW* 2008, nr. 145, p. 316 e.v. en S. Prechal & M. de Leeuw, Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New General Principle?, *REALaw* vol. 0, nr. 1, p. 51-61; R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag 2007, p. 85-93 en Van Ommeren 2004, p. 49 e.v.

5 Zie over de verdeling van schaarse kansspelvergunningen in het algemeen: de bijdrage van Adriaanse, Barkhuysen & Van den Boogaert aan deze bundel.

6 ABRvS 18 juli 2007, AB 2007, 302 m.nt. J.H. Jans (Schindler).

“elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan [van de vergunning] kan *meedingen*.” (curs. en invoeging FvO)

Voor schaarse publieke rechten moet er per definitie altijd op de een of andere manier een maximum zijn gesteld. Met andere woorden: er moet een *plafond* zijn. Voor het soort vergunning als hier is aangevraagd, is er echter geen duidelijk plafond, zeker geen wettelijk plafond. Er zijn slechts beleidsnota's, op grond waarvan de minister restrictief optreedt en derhalve schaarse bewerkstelligt. Op grond van dit beleid zijn er in de periode 1988-1992 (slechts) drie vergunningen verleend voor zogeheten (semi)permanente landelijke loterijen; het betreft de nationale postcodeloterij, de bankgiroloterij en de sponsorloterij. De minister slaagt er niet in aannemelijk te maken waarom het uitsluiten van een extra aanbieder een geschikt en proportioneel middel zou zijn. De wet geeft evenmin aan op welke wijze, met behulp van welk soort procedure de vergunning moet worden verleend.

Uit deze uitspraak volgt dat het bestuursorgaan moet kiezen voor een procedure die het mogelijk maakt dat elke potentiële gegadigde op dezelfde voorwaarden naar de vergunning, die telkens voor een periode van vijf jaar wordt verleend, kan *meedingen*. Iets van mededinging moet er volgens deze uitspraak dus zeker zijn. Het rauwelijks uitsluiten van nieuwkomers is niet aan de orde. Moeilijker is te zeggen welk soort procedure nu precies wel en niet geoorloofd is. Maakt een systeem dat gebaseerd is op de volgorde van binnenkomst van de aanvraag, in voldoende mate mogelijk dat elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen van een vergunning kan *meedingen*? Dat is niet bij voorbaat uitgesloten. Wat niet meer toelaatbaar is, is het telkens aan dezelfde vennootschappen verlenen van de vergunningen louter en alleen omdat dat de zittende ondernemingen zijn.

De Afdeling baseert de verplichting om mededingingsruimte te creëren op het vereiste van geschiktheid en proportionaliteit: de weigering gaat verder dan voor het bereiken van het doel nodig is. Europeesrechtelijk gezien zijn geschiktheid en proportionaliteit aspecten van het *evenredigheidsbeginsel* (in ruime zin).⁷ Het reguleren en beheersen van kansspelen, met als doel het beschermen van de consument, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit en het tegengaan van gokverslaving, was al eerder aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang in de zin van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG om een beperking op het vrij verkeer van diensten aan te brengen.⁸

Het is opvallend dat de Afdeling deze verplichting afleidt uit het vereiste van geschiktheid en proportionaliteit. In het aanbestedingsrecht wordt deze verplichting primair afgeleid uit het gelijkheidsbeginsel en in het verlengde daarvan uit het transparantiebeginsel. Over

7 Zie o.a. R.J.G.M. Widdershoven, Rechtsbeginselen in het Europese recht, in R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer 2004, p. 308.

8 ABRvS 14 maart 2007, AB 2007, 212 m.nt. J.H. Jans (Speelcasino).

deze beginselen spreekt de Afdeling hier echter niet. Het hoeft evenwel niet te verwonderen dat het transparantiebeginsel wel in deze uitspraak wordt gelezen.⁹ Toch zou ik met dit laatste voorzichtig willen zijn. Ik kom daarop nog terug in paragraaf 3.

Swiss Leisure Group

Voor speelautomaten kent de Wks een specifieke voorziening, die, kort gezegd, inhoudt dat bij gemeentelijke verordening het exploiteren van een speelautomatenhal krachtens een vergunning van de burgemeester kan worden toegestaan (art. 30c, eerste lid, onderdeel c). De wet zegt echter niet op welke hoogte het plafond moet worden vastgesteld. De wet zwijgt verder over de vraag aan de hand van welk soort procedure de vergunning moet worden verleend.

In de zaak van de Swiss Leisure Group blijkt dat het CBB van oordeel is dat voor de verlening van dit soort vergunningen derden de mogelijkheid moeten krijgen mee te dingen naar deze schaarse vergunning.¹⁰ De zaak speelt in de gemeente Den Haag. De plaatselijke verordening op de kansspelen schrijft een maximum van acht speelautomatenhallen voor en bovendien een bepaalde verdeling per plaatselijk gebied. Het gemeentebestuur wil in de binnenstad meer vermaak en niet alleen een winkelfunctie en heeft met het oog daarop de verdeling van de vergunningen in de verordening gewijzigd: één vergunning méér voor het centrum en twee minder in Scheveningen. Het college heeft een specifieke exploitant, Hommerson's, op het oog voor de nieuwe vergunning voor het centrumgebied. Deze exploitant had al vóór de wijziging van de verordening zijn aanvraag ingediend. In de toelichting bij de wijziging van de verordening wordt Hommerson's ook uitdrukkelijk genoemd. Door Swiss Leisure Group wordt tegen de vergunningverlening aan Hommerson's opgekomen. Zij voert aan dat de gewijzigde bepaling van de verordening onverbindend is en voorts dat de vergunningverlening onrechtmatig is.¹¹

Swiss Leisure Group beroept zich op artikel 43 en 49 EG (vrij verkeer van vestiging en vrij verkeer van diensten; thans artikel 49 en 56 WEU), omdat in de toelichting op het voorstel tot wijziging is overwogen dat de vergunning voor de derde speelautomatenhal in het centrum alleen aan Hommerson's kan worden verleend. Het CBB overweegt dat de toelichting niet reeds tot onverbindendheid van de verordening op grond van artikelen 43 en

9 Drahmman 2010, p. 164 en Buijze & Widdershoven 2010, p. 597. Annotator Jans noemt dit beginsel eveneens maar neemt – mijns inziens terecht – iets meer afstand.

10 CBB 3 juni 2009, AB 2009, 373 m.nt. C.J. Wolswinkel (Swiss Leisure Group).

11 Voorts betoogde Swiss Leisure Group dat zij rechtstreeks beroep tegen de wijziging zou kunnen instellen omdat die wijziging geen algemeen verbindend voorschrift maar een concretiserend besluit van algemene strekking zou inhouden; dat beroep slaagde niet, zie CBB 3 juni 2009, AB 2009, 374 m.nt. C.J. Wolswinkel (Swiss Leisure Group II).

49 EG kan leiden, nu de bepaling zelf (anders dan de toelichting) op geen enkele wijze regelt aan wie en voor welke locatie een vergunning moet worden verleend.¹²

Swiss Leisure Group voert verder aan dat ook naar Nederlands recht deze wijze van verlenen niet door de beugel kan:

“Ook naar Nederlands bestuursrecht dient de wijze van aanpassing van de Verordening en de wijze van verlening van de vergunning als onaanvaardbaar te worden bestempeld. Zoals ook door Van Ommeren in zijn oratie wordt geconcludeerd, is het niet meer van deze tijd dat een schaarse en lucratieve vergunning als de onderhavige ‘zomaar’ wordt verleend aan een goede bekende van het bestuur met wie al langer zaken worden gedaan en die aan de voorwaarden voldoet. De beginselen van concurrentie, objectiviteit en doorzichtigheid (transparantie), gelijkheid, zorgvuldigheid en rechtszekerheid verzetten zich hiertegen.”

Het CBB acht de vergunningverlening aan Hommerson’s inderdaad onrechtmatig, omdat het op gespannen voet staat met het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten met de vereiste zorgvuldigheid worden voorbereid en genomen (met andere woorden: het formele zorgvuldigheidsbeginsel). Het CBB overweegt:

“Het zorgvuldigheidsbeginsel vergt in een geval als het onderhavige (...) dat op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid wordt geboden *mee te dingen* naar deze schaarse vergunning.” (curs. FvO)

Het CBB zegt hierin te wezen dat aan Swiss Leisure Group de mogelijkheid had moeten worden geboden om mee te dingen naar deze schaarse vergunning. Laat ik vooropstellen dat dit een buitengewoon interessante overweging is. Het is voor het eerst dat zo uitdrukkelijk uit de rechtspraak volgt dat een schaarse vergunning niet zomaar aan een aanvrager die aan de wettelijke voorwaarden voldoet, mag worden verleend, maar dat het bestuur verder moet kijken en moet bezien of aan derden de mogelijkheid is geboden om mee te dingen. Zij sluit aan bij de voorspelling – of misschien kan ik beter zeggen: verwachting – die ik in mijn oratie heb uitgesproken dat bestuursorganen in de toekomst meer dan nu duidelijk zullen moeten maken, waarom zij een vergunning aan een bepaalde aanvrager verlenen, ook al voldoet die aanvrager aan de verleningsvoorwaarden.¹³

¹² Terzijde zij opgemerkt dat het CBB hier een heel andere redenering volgt dan de Afdeling in de hiervoor besproken uitspraak inzake Schindler, waarin deze Verdragsbepalingen, zoals bleek, een veel ingrijpender functie vervulden.

¹³ Van Ommeren 2004, p. 76.

Het is dan ook van groot belang te constateren dat het CBB hier overweegt:

“De enkele ter zitting betrokken stelling van Hommerson’s dat alleen haar aanvraag aan de geldende criteria voldeed, acht het College onvoldoende.”

Immers, het is doorgaans rechtens zo dat het voor aanvragers nu juist wel voldoende is om aan de (wettelijke) criteria te voldoen. I.c. is dat niet zo: er moet *bovendien* mededingingsruimte zijn zodat derden ook een kans op de verkrijging van de vergunning hebben. Er vloeien twee meer concrete verplichtingen uit dit zorgvuldigheidsbeginsel voort. Voorop staat dat aan andere ondernemers, dus aan derden, de mogelijkheid worden geboden om mee te dingen naar de schaarse vergunning, zo blijkt uit de al aangehaalde overweging. Met andere woorden: op het bestuurorgaan rust de verplichting tot het *creëren van mededingingsruimte*, zodat derden de kans krijgen om mee te dingen.

Verder volgt uit dit zorgvuldigheidsbeginsel dat op het bestuursorgaan de verplichting rust om derden op de hoogte te brengen van deze mededingingsruimte. In de woorden van het CBB:

“Verweerder heeft (...) een situatie in het leven geroepen waarin derden niet van te voren op de hoogte konden worden gebracht van het feit dat een vergunning was vrijgekomen en het maximum van acht vergunningen niet langer was bereikt.”

Uit dit zorgvuldigheidsbeginsel vloeit dus een *informatieplicht* voort. Vanwege de informatieplicht wordt door de literatuur in deze uitspraak, evenals in de uitspraak Schindler, wel een toepassing van het transparantiebeginsel gelezen, hoewel het CBB daarnaar niet verwijst.¹⁴ Belangrijk is om te constateren dat deze tweede verplichting, de informatieplicht, pas aan de orde is als er een verplichting is om mededingingsruimte te scheppen en dus niet zomaar of in het algemeen uit het zorgvuldigheidsbeginsel voortvloeit. De informatieplicht is een manier, een wijze, om bij te dragen aan de realisatie van de mededingingsruimte.

De inhoud en plaats van dit *formele zorgvuldigheidsbeginsel* verdienen wat meer aandacht. Het CBB spreekt letterlijk van:

“het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten met de vereiste zorgvuldigheid worden voorbereid en genomen”.

¹⁴ Zie Drahmman 2010, p. 167 en Buijze & Widdershoven 2010, p. 598.

49 EG kan leiden, nu de bepaling zelf (anders dan de toelichting) op geen enkele wijze regelt aan wie en voor welke locatie een vergunning moet worden verleend.¹²

Swiss Leisure Group voert verder aan dat ook naar Nederlands recht deze wijze van verlenen niet door de beugel kan:

“Ook naar Nederlands bestuursrecht dient de wijze van aanpassing van de Verordening en de wijze van verlening van de vergunning als onaanvaardbaar te worden bestempeld. Zoals ook door Van Ommeren in zijn oratie wordt geconcludeerd, is het niet meer van deze tijd dat een schaarse en lucratieve vergunning als de onderhavige ‘zomaar’ wordt verleend aan een goede bekende van het bestuur met wie al langer zaken worden gedaan en die aan de voorwaarden voldoet. De beginselen van concurrentie, objectiviteit en doorzichtigheid (transparantie), gelijkheid, zorgvuldigheid en rechtszekerheid verzetten zich hiertegen.”

Het CBB acht de vergunningverlening aan Hommerson’s inderdaad onrechtmatig, omdat het op gespannen voet staat met het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten met de vereiste zorgvuldigheid worden voorbereid en genomen (met andere woorden: het formele zorgvuldigheidsbeginsel). Het CBB overweegt:

“Het zorgvuldigheidsbeginsel vergt in een geval als het onderhavige (...) dat op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid wordt geboden *mee te dingen* naar deze schaarse vergunning.” (curs. FvO)

Het CBB zegt hier in wezen dat aan Swiss Leisure Group de mogelijkheid had moeten worden geboden om mee te dingen naar deze schaarse vergunning. Laat ik vooropstellen dat dit een buitengewoon interessante overweging is. Het is voor het eerst dat zo uitdrukkelijk uit de rechtspraak volgt dat een schaarse vergunning niet zomaar aan een aanvrager die aan de wettelijke voorwaarden voldoet, mag worden verleend, maar dat het bestuur verder moet kijken en moet bezien of aan derden de mogelijkheid is geboden om mee te dingen. Zij sluit aan bij de voorspelling – of misschien kan ik beter zeggen: verwachting – die ik in mijn oratie heb uitgesproken dat bestuursorganen in de toekomst meer dan nu duidelijk zullen moeten maken, waarom zij een vergunning aan een bepaalde aanvrager verlenen, ook al voldoet die aanvrager aan de verleningsvoorwaarden.¹³

12 Terzijde zij opgemerkt dat het CBB hier een heel andere redenering volgt dan de Afdeling in de hiervoor besproken uitspraak inzake Schindler, waarin deze Verdragsbepalingen, zoals bleek, een veel ingrijpender functie vervulden.

13 Van Ommeren 2004, p. 76.

Dit formele zorgvuldigheidsbeginsel is – ten dele – gecodificeerd in de Awb. Immers, artikel 3:2 Awb bepaalt dat bij de voorbereiding van een besluit het bestuursorgaan de nodige *kennis* omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen *vergaart*. Het Awb-voorschrift heeft dan ook betrekking op een wezenlijk maar wel specifiek aspect van de voorbereiding van het besluit: de kennisvergaring. Over andere aspecten die bij de voorbereiding relevant zijn, zoals het van te voren informeren van derden, en ook over het nemen van het besluit, zegt deze Awb-bepaling evenwel niets. Artikel 3:2 Awb bevat in zoverre (slechts) een partiële codificatie van het zorgvuldigheidsbeginsel. Het springt dan ook in het oog dat het CBB voor dit zorgvuldigheidsbeginsel niet naar de Awb verwijst. Wellicht gaat het hier om een ruimer zorgvuldigheidsbeginsel dan dat van artikel 3:2 Awb.

Dat neemt evenwel niet weg dat er een nauw verband is tussen de op het zorgvuldigheidsbeginsel gebaseerde informatieplicht en de kennisvergaringseis van de Awb. Teneinde voldoende kennis te vergaren, had de burgemeester i.c. in kaart moeten brengen welke ondernemers, naast Hommerson's, belangstelling voor de te verlenen vergunning zouden hebben. Om aan deze kennisvergaringseis te voldoen, dient de burgemeester de potentiële gegadigden te informeren, zodat zij van hun belangstelling kunnen doen blijken. Informatieplicht en kennisvergaringseis hangen dus nauw met elkaar samen: het eerste is een middel om aan het laatste te voldoen.

Het CBB vernietigt i.c. echter niet wegens strijd met dit zorgvuldigheidsbeginsel, maar wegens strijd met het *motiveringsbeginsel*, zoals dat is vastgelegd in artikel 7:12 Awb. Ik neem aan dat het CBB dat doet om zeer voorzichtig te zijn. Het wil waarschijnlijk de mogelijkheid open laten dat de burgemeester met een sluitende onderbouwing komt zonder de mededinging te hoeven te organiseren. Voor die uitzondering zou plaats kunnen zijn als de burgemeester, als bevoegd bestuursorgaan, kan aantonen dat uitsluitend de litigieuze locatie, waarover Hommerson's gerechtigd is te beschikken, aan de wettelijke voorschriften voldeed, én elke andere aanvraag voor een derde halvergunning in het centrum zou moeten worden afgewezen. Met andere woorden: als Hommerson's de enige is die in het centrum beschikt over een geschikt perceel met de bestemming amusement, dan zou hij als enige vergunninghouder kunnen worden en is dus plaats voor een uitzondering op de regel dat mededingingsruimte moet worden gecreëerd.

De vraag die nog resteert is *op welke wijze* de burgemeester i.c. de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte zou kunnen bewerkstelligen, als zich inderdaad twee of meer gegadigden hebben aangemeld die aan de wettelijke voorschriften voldoen. Op het eerste gezicht dient zich dan de vergelijkende toets – ook wel genoemd: tenderprocedure of beauty contest¹⁵ – als methode aan. Ook kan wellicht gedacht worden aan een veiling. In al deze gevallen krijgen derden de kans om mee te dingen naar de vrije vergunning. De keuze voor het soort verdelingsprocedure moet passen bij doel en strekking van de Wks.

15 Van Ommeren 2004, p. 12.

Het is echter niet helemaal duidelijk hoeveel ruimte de Wks laat, nu zij over het soort verdelingsprocedure zwijgt. Principiëler is de vraag of nu ook nog de procedure 'wie het eerst komt, die het eerst maalt' geoorloofd is. Past dit type procedure wel bij een mededingingsvereiste? De volgende uitspraak werpt daarop een licht.

Pierik en Meson

Deze uitspraak heeft eveneens betrekking op een vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal.¹⁶ Het betreft een vergunning voor een speelautomatenhal in het centrum van Zwolle. De plaatselijke Verordening Speelautomatenhallen stelt het plafond voor dit deel van de gemeente op één vergunning. Voorts bepaalt de verordening dat de burgemeester, alvorens hij beslist op een aanvraag, de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb dient te volgen.

Op 8 april 2008 heeft de burgermeester aan Flash een vergunning verleend voor het jaar 2008. Twee concurrenten, Pierik en Meson, kunnen zich hierin niet vinden. Aan de vergunningverlening was het nodige voorafgegaan. Tien jaar lang (van 1998 t.e.m. 2007) was een bepaalde BV de houder van de vergunning. Die vergunning was in 2001 op naam van (een zekere) A gesteld; A was een van de bestuurders van deze oude vergunninghouder. Op 15 januari 2007 is door A namens Flash een aanvraag voor de vergunning ingediend. De aanvraag is onvolledig, maar Flash krijgt te gelegenheid die aanvraag aan te vullen. Eind november 2007 wordt het ontwerp van de vergunning, op voet van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, voor zes weken ter inzage gelegd. Pierik en Meson hebben tijdig zienswijzen tegen de ontwerpvergunning ingediend. Vervolgens dienen Pierik en Meson een aanvraag voor de vergunning in. Deze aanvragen zijn incompleet aangezien zij voldoen niet aan de gestelde indieningsvereisten van de verordening; ruimte voor het aanvullen van de aanvragen wordt evenwel niet geboden. Enige maanden nadat de vergunning aan Flash is verleend worden de aanvragen van Pierik en Meson afgewezen. De eerste voor ons relevante vraag is aan de hand van welk soort procedure de vergunning hier nu wordt verleend. Naar de letter zegt afdeling 3.4 Awb daarover niets. Het CBB leidt evenwel – terecht – uit de toepasselijkheid van deze afdeling af dat de volgorde van binnenkomst van de aanvragen beslissend is.¹⁷ In de woorden van het CBB:

16 CBB 28 april 2010, AB 2010, 186 m.nt. C.J. Wolswinkel (Pierik en Meeson).

17 In de literatuur wordt zelfs wel verondersteld dat niet alleen afdeling 3.4 maar de Awb als zodanig impliciet van dit type verdelingsprocedure uitgaat, zie Widdershoven e.a. 2007, p. 205. Die veronderstelling gaat mij wat ver. Wat daarvan zij, het is mijns inziens niet zo dat het bestuursrecht in het algemeen gebaseerd is op het uitgangspunt dat de volgorde van de binnenkomst van de aanvraag beslissend is. Het komt mij veeleer voor dat in het algemene bestuursrecht nog onvoldoende over de verschillende soorten procedures is nagedacht.

“Nu uit de Verordening echter een systeem van volgorde van binnenkomst van aanvragen dient te worden *afgeleid* en de Wet op de kansspelen, noch enige andere wettelijke regeling zich hiertegen verzet (...)” (curs. FvO)

De volgende vraag is waarom de latere aanvragers, anders dan de eerste aanvrager, niet meer de gelegenheid krijgen hun aanvraag aan te vullen. Het antwoord daarop luidt dat zulks bij dit soort procedure niet meer zinvol is als de eerste indiener reeds aan alle eisen voldoet. Het CBB overweegt:

“Het bieden van de gelegenheid tot het aanvullen van de aanvraag van Pierik zou, gelet op het systeem van volgorde van binnenkomst van aanvragen en het stadium van de procedure, geen enkel doel meer hebben gediend.”

Dit zou anders hebben gelegen als er tussen de aanvragen een vergelijking zou moeten worden gemaakt:

“Slechts indien verweerder een systeem van een *vergelijkende toets* tussen verschillende volledige aanvragen zou hebben gehanteerd, zou aanleiding hebben bestaan voor het bieden van de mogelijkheid om de aanvraag aan te vullen, zolang de beschikbare schaarse vergunning nog niet was verleend.” (curs. FvO).

Ingevolge artikel 4:5, eerst lid, Awb kan een bestuursorgaan, onder meer op de grond dat de aanvrager niet heeft voldaan aan enig wettelijk voorschrift, besluiten een aanvraag niet te behandelen mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad binnen een bepaalde termijn de aanvraag aan te vullen. Het bestuursorgaan is niet verplicht de gelegenheid tot aanvulling te bieden; de onvolledige aanvraag kan ook direct in behandeling worden genomen. Uit deze uitspraak blijkt dat het mede afhankelijk is van het *soort* verdelingsprocedure of het nog zinvol is om de gelegenheid te bieden de aanvraag aan te vullen. Dit kan bij de procedure die gebaseerd is de volgorde van binnenkomst bovendien met zich brengen dat niet alle aanvragers gelijkelijk behoeven te worden behandeld, doordat de eerste aanvrager wel de gelegenheid tot aanvulling krijgt en de latere niet; dit is anders bij een vergelijkende toets waarin een gelijke behandeling op dit punt wel noodzakelijk is.

Belangrijk is voorts dat deze uitspraak nader ingaat op het punt dat centraal stond in de hiervoor besproken Swiss Leisure uitspraak: de *informatieplicht* die op het bestuur rust. Het CBB formuleert twee eisen waaraan bij schaarse vergunningen de procedure van wie het eerst komt, het eerst maakt, in ieder geval moet voldoen:

“In dit verband acht het College van belang dat, indien bij de verlening van een schaarse vergunning gebruik wordt gemaakt van een systeem van volgorde van

binnenkomst van de aanvraag, voor potentiële gegadigden *kenbaar* moet zijn of deze vergunning *beschikbaar* is of komt en wat de te volgen *procedure* is.
(curs. FvO)

Zowel het soort procedure als de beschikbaarheid van de schaarse vergunning dienen voor de mogelijke gegadigden kenbaar te zijn. De bekendmaking van het soort procedure is in dit geval gerealiseerd door de verwijzing naar afdeling 3.4 Awb. Het CBB overweegt dat ook aan de eis dat de beschikbaarheid van de vergunning voldoende kenbaar is, in casu is voldaan. Het was appellanten in dit geval bekend of had hun bekend kunnen zijn dat de verleende vergunning voor het centrum van Zwolle op 31 december 2007 zou komen te vervallen, aldus het CBB. Mij is echter uit de uitspraak niet helemaal duidelijk geworden op grond waarvan Pierik en Meson bekend waren of hadden kunnen zijn met het feit dat de vergunning voor het centrum van Zwolle vrij zou komen.¹⁸ De zaak wekt enigszins de indruk dat beide concurrenten daar eerst achter kwamen toen het ontwerp van de te verlenen vergunning werd bekendgemaakt. Dat moment is te laat om bij een procedure die gebaseerd is op wie het eerst komt, het eerst maalt, nog een reële kans te maken.

Deze uitspraak levert wel een bijdrage aan een antwoord op de vraag die de Swiss Leisure uitspraak openliet: staat de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte in de weg aan het hanteren van een procedure waarin de volgorde van ontvangst van de aanvraag beslissend is? Weliswaar wordt in deze uitspraak niet gesproken over het “meedingen” naar de vergunning, maar het gaat hier wel om een zogeheten “speelautomatenmarkt”, waarop zowel Flash als Pierik en Meson opereren. Onmiskenbaar blijkt dat de informatieplicht ook geldt indien voor toetreding tot deze markt in een bepaald gebied de procedure van wie het eerst komt, het eerst maalt wordt toegepast. Ik kom hierop terug in paragraaf 3; eerst dient nog enige andere rechtspraak de revue te passeren.

Lanaut

Als laatste uitspraak in deze reeks een uitspraak die, zoals gezegd, betrekking heeft op het afwijken van de procedure en het wijzigen van de procedure gedurende de rit. Zoals enigszins viel te verwachten, mag dat niet. Ook deze zaak, Lanaut genaamd, heeft betrekking op de verlening van een automatenhalvergunning, en wel in Culemborg.¹⁹ De verordening stelt het plafond op één vergunning voor een speelautomatenhal. Zoals gezegd, schrijft de Wks niet voor met behulp van wat voor soort procedure de vergunning moet worden verleend. In deze zaak heeft het bestuur er echter zelf voor gekozen om de vergunning door middel van een *vergelijkende toets* te verlenen. De criteria daarvoor zijn in de Veror-

18 Drahmann betoogt in het bijzonder naar aanleiding van deze uitspraak dat erkenning van het transparantiebeginsel in het Nederlandse recht toegevoegde waarde heeft (zie haar bijdrage aan deze bundel).

19 CBB 19 december 2007, JB 2008, 67 (Lanaut).

dening Speelautomatenhallen en vooral ook in de zogeheten 'Beleidsregels Speelautomatenhal' neergelegd. De beleidsregeling bevat onder meer criteria voor de beoordeling van de leef- en woonsituatie, waarvan een belangrijk element is dat de afstand van een speelautomatenhal tot een pand met een gevoelige bestemming (o.a. kerken en scholen) tenminste 250 meter bedraagt. In deze zaak heeft Amutron – in afwijking van de beleidsregeling – een vergunning gekregen. In alle situaties waarop de vergunningaanvragen, met inbegrip van die van Amutron, betrekking hebben, ligt een pand met een gevoelige bestemming binnen het afstandscriterium; geen enkele vergunningaanvraag voldoet derhalve aan dit criterium. Onder meer Lanaut komt op tegen de vergunningverlening aan Amutron. Het CBB overweegt dat de vergunningverlening in strijd is met artikel 4:84 Awb, dat slechts onder stringente voorwaarden de bevoegdheid toekent om van beleidsregels af te wijken. Vervolgens rijst in deze zaak de vraag of het de burgemeester vrij stond gedurende de besluitvormingsfase over te gaan tot een wijziging van de beleidsregels. Het CBB constateert eerst dat het bestuursorgaan de vergunning heeft verleend op basis van een "vergelijkende toets" en overweegt:

"Vanuit een oogpunt van *objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid* dienen bij het toepassen van een vergelijkende toets de criteria waaraan de aanvragen worden getoetst, *tevorens te worden vastgelegd* en kunnen deze criteria gedurende de besluitvormingsfase *niet worden gewijzigd*; hooguit verduidelijkt." (curs. FvO)

Bij een vergelijkende toets staan de beginselen van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid aan het wijzigen van de verdelingscriteria in de weg, aldus het CBB. Het wijzigen van de beleidsregels mag dus niet gedurende de rit. Wat het bestuursorgaan mijns inziens wel had mogen doen is de beleidsregel eerder aanpassen, namelijk vóór aanvang van de verdelingsprocedure, dus voor aanvang van de vergelijkende toets. Probleem voor de gemeente was i.c. dat *alle* locaties binnen een straal van 250 meter een gevoelige locatie hebben. Dat zou reden kunnen zijn – vóór aanvang van de procedure – het afstandscriterium aan te passen.²⁰ Maar gedurende het verdelingsproces mag dat niet meer; dan is het bestuursorgaan daarmee te laat.

Het bestuursorgaan heeft *uit eigen beweging* gekozen voor de vergelijkende toets. Het bestuursorgaan had immers niet voor dit soort procedure hoeven te kiezen, aangezien zulks niet is voorgeschreven. De genoemde rechtsbeginselen dwingen daartoe niet. Zij staan er slechts aan in de weg dat als eenmaal een bepaald soort procedure is gekozen, niet meer daarvan kan worden afgeweken. Dat ligt in zoverre voor de hand, dat we ook uit rechtspraak op andere terreinen al weten dat als het bestuur voor een bepaald soort proce-

20 Uit latere rechtspraak blijkt dat dit inderdaad is gebeurd, zie CBB 5 november 2009, LJN BK5101.

dure heeft gekozen, ook al is dat vrijwillig gebeurd, het dan wel met huid en haar aan die procedure vast zit. Ik zal hierop nader ingaan in paragraaf 3.

De genoemde rechtsbeginselen, waarop het verbod van procedurewijziging is gebaseerd, – in het bijzonder het beginsel van *objectiviteit en van transparantie* – zijn kenbaar uit andere rechtsgebieden die sterke Europese wortels hebben, zoals bijvoorbeeld het aanbestedingsrecht en ook de verdeling van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte, waarover ik nog hierna kom te spreken.²¹

2.2 *Rechtspraak zondagopenstelling: wie het eerst komt, het eerst maalt*

De volgende twee uitspraken hebben betrekking op de verlening van een ontheffing van het verbod voor winkels om op zon- en feestdagen voor het publiek geopend te zijn. Ik bespreek ze niet in chronologische volgorde, maar sluit ook hier af met de uitspraak die betrekking heeft op het wijzigen van de procedure gedurende de rit.

Het wettelijk systeem ziet er als volgt uit. Ingevolge de Winkeltijdenwet is het winkels verboden op zon- en feestdagen geopend te zijn. De Winkeltijdenwet bevat de mogelijkheid om hiervan een ontheffing te verlenen voor ten hoogste 12 keer per jaar (art. 3 lid 1). Bij gemeentelijke verordening kan daartoe aan het college van B&W de bevoegdheid worden toegekend. De verordening moet in ieder geval het aantal winkels bepalen waarvoor in de gemeente ontheffing kan worden verleend. Dit aantal kan ten hoogste één winkel per 15.000 inwoners van de gemeente zijn of, indien het inwonertal lager is dan 15.000, één winkel (art. 3 lid 4). In het oog springt dat de wet ook op dit terrein het plafond voorschrijft, maar niet de procedure aan de hand waarvan de ontheffingen moeten worden verleend.

Dirk van den Broek

Het hier als eerste te bespreken geval raakt meteen de kern van het verdelingsvraagstuk. Het betreft een zaak van Dirk van den Broek tegen B&W van de gemeente Deventer.²²

Dirk van den Broek heeft voor 2009 een ontheffing van het verbod om geopend te zijn op zon- en feestdagen van 16.00 – 20.00 uur. Dirk van den Broek vraagt ontheffing aan voor het jaar 2010. B&W wijzen deze aanvraag af, omdat al vier andere supermarkten een ontheffing hebben. Dirk van den Broek is de vijfde aanvrager. De Verordening winkeltijden bevat een plafond van vier winkels. De Verordening winkeltijden kent evenwel géén procedurevoorschriften omtrent de verlening bevat; *niet* is bepaald dat ontheffingen op *volgorde van binnenkomst* van de aanvraag worden verleend.

21 In de literatuur wordt in deze uitspraak wel een *erkenning* van het transparantiebeginsel als nationaal beginsel gelezen, zie Buijze & Widdershoven 2010, p. 598. Drahmman 2010, p. 166 is – terecht – voorzigtiger.

22 Vzgr CBB 31 maart 2010 AWB 10/84; LJN BL9683 (Deventer).

Van belang is dat de rechter het systeem van volgorde van binnenkomst accepteert, terwijl er evident schaarste is. De voorzieningenrechter constateert eerst dat er al vier ontheffingen zijn verleend, en dat die, kort gezegd, formele rechtskracht hebben.²³ Dus ook als de weigering van de ontheffing aan Dirk van den Broek bij wijze van voorlopige voorziening zou worden geschorst, dan kan Dirk van den Broek niet alsnog een ontheffing krijgen. Het beroep van Dirk van den Broek op het vertrouwensbeginsel slaagde niet. Geen betekenis komt toe aan de omstandigheid dat aan Dirk van den Broek in het voorafgaande jaar een ontheffing is verleend. Het argument dat de verleningsprocedure – die gebaseerd is op de volgorde van binnenkomst – voorts in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, slaagde evenmin. De rechter overweegt:

“Aangaande het beroep op het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel overweegt de voorzieningenrechter dat aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een *schaarse ontheffing* onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid *zware eisen* dienen te worden gesteld.” (curs. FvO)

En voorts:

“In de onderhavige zaak hebben verweerders besloten om de te verlenen ontheffingen toe te wijzen op *volgorde van binnenkomst* van de aanvragen. Niet valt in te zien dat deze verdelingsmethode in beginsel in strijd is met het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel.” (curs. FvO)

Nu de verordening geen bepaald soort procedure voorschrijft, is de methode waarbij de volgorde van de binnenkomst van de aanvragen bepalend is niet in strijd met deze beginselen. Daarbij komt dat voor 2009 van dezelfde soort procedure gebruik was gemaakt. Bovendien is ter zitting gebleken dat het gemeentebestuur medio 2009 alle toenmalige houders van een ontheffing, waaronder Dirk van den Broek, in kennis heeft gesteld van de mogelijkheid om voor het jaar 2010 opnieuw een ontheffing aan te vragen. Dit laatste punt is zeer de moeite van het signaleren waard, nu het wezenlijk verschilt van de Swiss Leisure Group casus. De kern in die zaak was immers dat eventuele andere gegadigden dan Hommerson's niet tijdig op de hoogte waren gesteld van de beschikbaarheid van een

23 Dirk van den Broek heeft weliswaar bezwaar gemaakt tegen de afwijzing van de door hem gevraagde ontheffing maar niet tegen de verlening van de ontheffing aan de vier andere supermarkten. Ter zitting probeerde Dirk van den Broek dit te repareren door te stellen dat het door hem gemaakte bezwaar moet worden opgevat als tevens gericht zijnde tegen de aan vier andere concurrerende winkelbedrijven verleende ontheffingen, maar de voorzieningenrechter ging hierin niet mee. Zie over het belang van integratie van dit soort besluiten de bijdrage van Schueler aan deze bundel.

vrij gekomen vergunning; juist om die reden achtte het CBB het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden.

Het geciteerde punt van de zware eisen die aan de besluitvorming inzake de toekenning van schaarse publieke rechten moeten worden gesteld, komt aan de orde bij de volgende te bespreken uitspraak. De vraag is wat die zware eisen inhouden.

Albert Heijn

De als tweede over zondagopenstellingen te bespreken zaak heeft betrekking op het wijzigen van de procedure.²⁴ De uitspraak gaat primair over de vraag of en in hoeverre tijdens het verleningsproces nog een ander soort verdelingsprocedure mag worden gekozen. Daarbij komen in het bijzonder ook de zojuist aangehaalde zware eisen aan de orde die aan de besluitvorming inzake de toekenning van schaarse publieke rechten moeten worden gesteld. In dit geval, dat zich afspeelt in de gemeente Heemstede, kan op grond van het inwoner-aantal slechts één ontheffing worden verleend. De verordening bevat – ook hier – geen voorschriften over het soort procedure dat voor de verlening van deze schaarse ontheffing dient te worden gehanteerd.

De eerste aanvraag wordt ingediend door Dekamarkt. Het college van B&W reageert hierop door te stellen dat het wil gaan onderzoeken welke supermarkten interesse hebben; er zal onder andere worden gekeken naar mogelijke overlast, voldoende parkeergelegenheid en een afscheiding tussen de (verkoop) van sterke drank en de overige winkelruimte. B&W bieden één maand de tijd om een aanvraag in te dienen. Het CBB kwalificeert deze methode – m.i. terecht²⁵ – als een *vergelijkende toets*. Vervolgens dient Albert Heijn tijdig een aanvraag in. Uiteindelijk, en na advisering van de betrokken gemeentelijke commissie, krijgt Dekamarkt de ontheffing, mede omdat zij als *eerste de aanvraag heeft ingediend*. Er is dus sprake van een wijziging van het soort procedure: eerst was gekozen voor een vergelijkende toets en vervolgens wordt de vergunning toegekend op grond van een zwaarwegende rol voor het criterium “*wie het eerst komt, die het eerst maalt*”.

Het CBB begint met de overwegen dat uit een oogpunt van rechtszekerheid aan de besluitvorming met betrekking tot een schaarse ontheffing zware eisen moeten worden gesteld.

“Het College overweegt dat aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing als hier in geding onder meer uit een oogpunt van rechtszekerheid *zware eisen* dienen te worden gesteld.” (curs. FvO)

24 CBB 8 januari 2010, AB 2010, 73 m.nt. Sewandono; JB 2010, 75 m.nt. C.J. Wolswinkel (AH Heemstede).

25 Van Ommeren 2004, p. 12.

We kwamen deze overweging hiervoor reeds tegen in de uitspraak over Dirk van den Broek. Deze zware eisen houden onder meer in dat in beginsel niet gedurende de rit van procedure mag worden gewijzigd. In de woorden van het CBB:

“Dat betekent dat een bestuursorgaan, nadat het gekozen heeft voor een methode aan de hand waarvan zal worden bepaald aan wie de ontheffing wordt verleend en deze keuze ook bekend heeft gemaakt, *niet* hangende de besluitvormingsprocedure tot *wijziging van die methode* behoort over te gaan indien daardoor afbreuk wordt gedaan aan het belang van een aanvrager die overeenkomstig het bekendgemaakte toewijzingsbeleid zijn aanvraag heeft ingediend en zijn handelwijze heeft bepaald.” (curs. FvO)

De wijziging van procedure is dus in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Het CBB stelt aan het wijzigingsverbod wel de voorwaarde dat er een aanvrager is wiens belangen worden geschonden, die althans benadeeld wordt door de procedureswitch. Het CBB vervolgt:

“Het stond verweerders derhalve, na hun uitdrukkelijke keuze voor de *vergelijkende toets*, die zij ook *bekend hebben gemaakt* aan de potentiële gegadigden voor de ontheffing, en onder toepassing waarvan zij aanvankelijk ook voornemens zijn geweest de ontheffing aan appellante te verlenen, *niet vrij* om bij het nemen van de primaire besluiten en het bestreden besluit geen *onverminderde toepassing* meer te geven aan deze toets.” (curs. FvO)

In het oog springt dat vereist is dat de vergunningverlener van te voren de keuze van zijn methode (tijdig) *bekend heeft gemaakt* aan potentiële gegadigden. In het licht van een toets aan het rechtszekerheidsbeginsel is deze voorwaarde goed te begrijpen, te meer nu daaraan bij schaarse ontheffingen zware eisen worden gesteld. Ik herinner nog even aan de zaak van de Swiss Leisure Group, waarbij dat niet het geval was en de vergunningverlening derhalve in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel werd bevonden. Dat probleem doet zich in casu niet voor. Ook voor ontheffingen ten behoeve van de zondagopenstelling geldt dus onverminderd dat de rechtsnorm die dwingt tot het tijdig informeren van derden over de beschikbaarheid van de vergunning – waarop zij dan ook mag zijn gebaseerd: zorgvuldigheid, transparantie, anderszins – van toepassing is.

Een aspect dat nog bijzondere aandacht verdient is dat het college van B&W i.c. nog aanvoert dat het niet is overgestapt van de ene naar de andere procedure, maar dat het aan de methode van de vergelijkende toets de procedure van de volgorde van binnenkomst heeft *toegevoegd*. Het CBB gaat hierin niet mee. Sterker nog, volgens het CBB sluiten de twee methoden elkaar principieel uit. In de woorden van het CBB:

“(...) sluit de door verweerders gemaakte keuze voor een vergelijkende toets het verlenen van de ontheffing met inachtneming van het criterium “wie het eerst komt, die het eerst maalt” ten principale uit.”

Uit deze uitspraak valt dan ook iets te leren over de *aard* van de verschillende soorten verdelingsprocedures, in het bijzonder over de vergelijkende toets. Namelijk dat een vergelijkende toets principieel iets anders is dan de procedure waarin de volgorde van binnenkomst van de aanvraag bepalend is. Deze constatering is van belang voor het vanuit juridisch perspectief maken van een onderscheid tussen verschillende soorten verdelingsprocedures. Ook hierop kom ik terug in paragraaf 3.

2.3 *Rechtspraak frequentieruimte: verdelingsnormen voor wettelijk voorgeschreven mededinging*

Na de bespreking van jurisprudentie die gebaseerd is op twee stelsels waarin de wetgever zich niet heeft uitgelaten over het soort verdelingsprocedure dat dient te worden gebruikt, kan ik over door de wetgever voorgeschreven (vormen van) mededinging bij de verdeling van schaarse publieke rechten betrekkelijk kort zijn. Immers, dat een schaars publiek recht in mededinging moet worden verdeeld voor zover de wet dat voorschrijft, ligt voor de hand. Niettemin valt van rechtspraak over dit soort publieke rechten het nodige te leren, dat meer inzicht geeft in de beantwoording van de vraag wat het betekent dat een schaars publiek recht door middel van mededinging moet worden verdeeld. Dit is in de eerste plaats het geval omdat als de wet voorschrijft dat een vergunning mede op grond van mededinging moet worden *verleend*, nog niet duidelijk is hoe moet worden omgegaan met *wijzigingen, uitbreidingen en wellicht ook verlengingen* van de voor een bepaalde periode verleende vergunning. De vraag die in dat soort situaties rijst, is of dan weer opnieuw de voorgeschreven verdelingsprocedure moet worden gehanteerd óf dat – als eenmaal een vergunning is toegekend en de aanvrager dus ‘binnen’ is – de wijziging of uitbreiding van zijn vergunning wel toelaatbaar is zonder dat een of andere vorm van mededinging met andere gegadigden kan worden gerealiseerd. Bovendien, en dat is voor de beantwoording van de aan de orde gestelde vragen minstens zo belangrijk, zijn in dergelijke gevallen, de ten dele ongeschreven *beginselen die een verdelingsprocedure normeren* van grote betekenis. Ingevolge de Telecommunicatiewet kunnen vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte door middel van drie soorten procedures worden verleend: op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, door middel van een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod, of door middel van een veiling (artikel 3.3 lid 4).²⁶ De

²⁶ Ingevolge artikel 3.3 lid 2 Tw kunnen bepaalde vergunningen bij voorrang worden verleend; dit is echter voor een goed begrip van het hierna volgende niet relevant.

verhouding tussen de verschillende soorten procedures is in de lagere regelgeving nader uitgewerkt, in het bijzonder in het Frequentiebesluit.²⁷ Na een vrij lange voorgeschiedenis is de frequentieruimte voor commerciële radio-omroep in de ether in het voorjaar van 2003 opnieuw verdeeld. Bij deze herverdeling, die bekend staat onder de naam 'Zero base', is uiteindelijk gekozen voor een vergelijkende toets in combinatie met een financieel bod.²⁸

SLAM!FM

Uit de vele gerechtelijke procedures die na de Zero base-verdeling zijn gevoerd, bespreek ik er één, waarin door de rechter zeer duidelijke overwegingen worden gewijd aan de verhouding tussen de verschillende soorten verdelingsprocedures en de betekenis van de beginselen die op de verdeling van toepassing zijn.²⁹ In het kader van Zero base is aan SLAM!FM een vergunning verleend. In de praktijk blijkt het bereik van haar frequenties tekort te schieten. Om dit te repareren, althans te compenseren, heeft SLAM!FM om uitbreiding van de aan haar oorspronkelijk vergunde frequentieruimte gevraagd. Die uitbreiding wordt door de rechter aangemerkt als een aanvraag om een nieuwe vergunning als bedoeld in artikel 3.3 Telecommunicatiewet. Verlening van de (nieuwe) vergunning *op volgorde van binnenkomst van de aanvraag* is in strijd met het Nationaal Frequentieplan en derhalve ook in strijd met de Telecommunicatiewet (art. 3.6), aldus het CBB.

Van belang is dat het CBB in dit kader ook ingaat op de betekenis van de verdelingsnormen. In de eerste plaats brengt hij een belangrijk uitgangspunt onder woorden, dat ook in de Europese regelgeving wordt onderschreven, het:

“(...) uitgangspunt dat (...) vergunningen (...) in beginsel *schaars* zijn en derhalve overeenkomstig de eisen van transparantie, objectiviteit en non-discriminatie, *efficiënt* moeten worden *verdeeld* onder marktpartijen.” (curs. FvO)

Dit uitgangspunt is ontleend aan de vigerende wet- en regelgeving. De beginselen van transparantie, objectiviteit en non-discriminatie zijn van toepassing omdat door de (Europese) wetgever een uitdrukkelijk doeleinde is gekozen: een efficiënte verdeling van deze schaarse rechten onder marktpartijen. Het is niet ongebruikelijk deze beginselen in één adem te noemen. Juist uit de interferentie van dit deze beginselen kunnen tamelijk vergaande eisen worden afgeleid. De toepassing van deze beginselen blijkt een belangrijke consequentie te hebben:

²⁷ Zie over de verhouding tussen deze procedures en een bespreking van het wetsvoorstel ter vervanging van de huidige regeling: C.J. Wolswinkel, De classificatie van verdelingsprocedures voor frequenties in de Telecommunicatiewet, *Mediaforum* 2009, p. 42 e.v.

²⁸ Zie over de verdeling van schaarse vergunningen op het terrein van telecommunicatie: de bijdrage van Van Eijk en Hins aan deze bundel.

²⁹ CBB 26 april 2007, LJN BA3858, AWB 06/138 (SLAM!FM).

“Een dergelijke, efficiënte verdeling wordt gewaarborgd door onder meer de procedures van *veiling en vergelijkende toets*. Zou de procedure van *volgorde van binnenkomst* worden gehanteerd, dan wordt deze systematiek in zoverre doorkruist, dat niet is gegarandeerd dat de schaarse frequentieruimte op een transparante wijze in gebruik wordt gegeven aan een op dat moment efficiënte aanbieder.” (curs. FvO)

Het CBB legt hier een direct verband tussen het door de wetgever vastgestelde oogmerk – een efficiënte verdeling onder marktpartijen –, de toepasselijke normen en het soort procedure dat moet worden gebezigd. Het CBB overweegt dat de efficiënte verdeling van schaarse vergunningen niet kan plaatsvinden door middel van een systeem dat gebaseerd is op de volgorde van de ontvangst van de aanvraag, maar wel door onder meer de veiling en de vergelijkende toets. De eisen van transparantie, objectiviteit en non-discriminatie die op de efficiënte verdeling van schaarse vergunningen van toepassing zijn, staan aan het gebruik van de procedure van de volgorde van binnenkomst van de aanvraag in de weg.

3 **DE RECHTSPRAAK IN PERSPECTIEF: ANTWOORDEN, KANTTEKENINGEN EN GEVOLGTREKKINGEN**

3.1 *Vooraf: de taak van de wetgever*

Ten behoeve van de analyse van deze rechtspraak is het van belang het wettelijk stelsel, waarop de schaarse publieke rechten zijn gebaseerd, goed in het oog te houden. De wetgever kan, uiteraard naast velerlei uiteenlopende details, ten aanzien van de schaarste in beginsel de volgende verschillende zaken regelen:

- hij kan schaarste creëren door voor te schrijven dat een bepaald *plafond* moet worden ingesteld;
- hij kan een bepaald *verdelingsdoel* voorschrijven;
- hij kan een bepaalde *verdelingsprocedure* voorschrijven.

Ik wijd aan elk van deze hoofdzaken een kort woord. Met behulp van het plafond wordt een maximumstelsel in het leven geroepen en wordt schaarste gecreëerd. De wetgever kan het plafond van bepaalde schaarse publieke rechten direct zelf vaststellen, maar hij kan de bevoegdheid daartoe ook aan een bepaald bestuursorgaan toekennen. Het doel waarop de verdeling moet zijn gericht, kan zeer uiteenlopen. Het kan een economische karakter hebben, maar ook van sociaal-culturele of geheel andere aard zijn, bijvoorbeeld gericht op het belang van het milieu. Er zijn ten slotte uiteenlopende methoden denkbaar aan de hand

waarvan schaarse publieke rechten kunnen worden verdeeld. Naast de procedure van 'wie het eerst komt, het eerst maalt' valt te denken aan de vergelijkende toets, de veiling, enz. Welk soort verdelingsprocedure geschikt is, is in het bijzonder afhankelijk van het doel dat de wetgever met de verdeling van het schaarse publieke recht wil bereiken. In de vorige paragraaf is de vergunning voor het gebruik van frequentieruimte als voorbeeld genomen. De wetgever heeft, in het bijzonder op grond van de vigerende EU-richtlijnen, tot uitdrukking gebracht dat de schaarse frequentievergunning op een efficiënte wijze moeten worden verdeeld.³⁰ Schaarste aan (bepaalde) frequentieruimte is het leidende criterium voor de keuze welke methode van verdeling toepassing moet vinden.³¹ De procedure van de veiling of vergelijkende toets wordt alleen toegepast terzake van de verdeling van frequentieruimte voor zakelijk gebruik en commerciële omroep. De vergelijkende toets of veiling worden niet toegepast als er voor de te verdelen frequentieruimte naar verwachting voldoende aanbod zal zijn. Met andere woorden: deze procedures worden hier niet toegepast als er geen schaarste te verwachten is.³²

De wetgeving waarop evenwel de meeste in deze bijdrage besproken jurisprudentie berust – de Wet op de kansspelen en de Winkeltijdenwet – bevat echter niet een dergelijk verdelingsdoel. Op grond van deze wettelijke regimes wordt wel schaarste gerealiseerd, doordat er op de een of andere manier, wettelijk of beleidsmatig, een plafond is gecreëerd, maar de wetgever heeft niet tot uitdrukking gebracht met behulp van welke verdelingsmethode de vergunningen moeten worden verleend noch waarop die verdelingsmethode gericht dient te zijn.

Mijns inziens heeft het overigens de voorkeur dat wanneer de wetgever een maximumstelsel in het leven roept, hij eveneens het verdelingsdoel bepaalt en voor zover mogelijk ook aangeeft welk soort verdelingsprocedures passend zijn. Zulks voorkomt veel onduidelijkheden. Een wettelijke regime dat wel schaarste creëert, maar niet de richting voorschrijft over hoe met die schaarste moet worden omgegaan, is eigenlijk incompleet. Zij laat de praktijk – bestuursorgaan, aanvrager en rechter – met lege handen staan.³³ Het hoeft niet te verwonderen dat in de jurisprudentie tot op zekere hoogte een invulling voor die lacune moet worden gezocht. Het is in het bijzonder bij een dergelijk onvolledig wettelijk stelsel dat de centrale vraag van deze bijdrage rijst: wanneer moet mededingingsruimte worden gecreëerd?

30 Hetgeen uiteraard de vraag oproept wat in dit verband precies onder efficiëntie moet worden verstaan; een vraag die hier evenwel buiten beschouwing kan blijven.

31 NvT Frequentiebesluit (Stb. 1998, 638), p. 9.

32 Zie artikel 3.3 Telecommunicatiewet en artikel 2 en 3 Frequentiebesluit. Zie voorts het Nationaal Frequentieplan 2005, p. 8 (geconsolideerde versie augustus 2010).

33 De Minister van Justitie is voornemens op het terrein van kansspelen bepaalde vergunningen in de toekomst via objectieve en transparante procedures te gaan afgeven (Kamerstukken II 2008/09, 24 557, nr. 93, p. 7); waarover de bijdrage van Adriaanse, Barkhuysen & Van den Boogaert aan deze bundel.

3.2 *De verplichting om mededingingsruimte te creëren*

a. Inhoud van de rechtsnorm: mededingingsruimte en informatieplicht

Uit de geanalyseerde rechtspraak blijkt dat er een rechtsnorm is die voorschrijft dat bij de verdeling van (bepaalde) schaarse publieke rechten een vorm van mededinging moet worden gehanteerd. De toepasselijkheid van deze rechtsnorm brengt met zich dat zelfs als een aanvrager aan alle wettelijke eisen voldoet, dit rechtens onvoldoende kan zijn om het recht te verkrijgen. Het mededingingsvereiste brengt met zich dat ook derden de kans moeten hebben gehad naar het recht mee te dingen.

Het karakter van deze mededinging is tamelijk licht. Voldoende is dat er enige ruimte voor mededinging is geschapen. De meest concrete eis voor de vergunningverlener is dat hij de potentiële gegadigden op de hoogte stelt van de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht (Swiss Leisure Group) en de te volgen procedure (Pierik en Meson). Het ligt in de rede dat deze informatie tijdig en op adequate wijze moet worden verstrekt. Het is in beginsel niet (meer) toelaatbaar telkens aan dezelfde vergunninghouder de vergunningen te verlenen louter en alleen omdat dat de zittende partijen zijn (Schindler). Een beroep op het vertrouwensbeginsel dat een voor bepaalde tijd verleende vergunning na ommekomst van die periode opnieuw aan de zittende vergunninghouder zal worden verleend slaagt in beginsel niet (Dirk van den Broek). Derden – dikwijls: nieuwkomers – moeten ook kunnen meedingen.

Onderhandse vergunningverlening is hier dus van de baan, zoals ik in mijn oratie heb voorspeld. Het probleem voor bestuursorganen is dat zij, zeker niet onbegrijpelijk, de neiging hebben met een bekende in zee te willen gaan, waarmee men in het verleden goede ervaringen heeft opgedaan. Dit is een stimulus om zelfs deze lichte mededingingsplicht niet in acht te nemen. Het wordt in een dergelijke situatie als moeilijk ervaren de markt te openen voor nieuwkomers.³⁴

b. Grondslag van de rechtsnorm: rechtsbeginselen

De verplichting voor bestuursorganen om schaarse publieke rechten in een lichte vorm van mededinging te verdelen – met inbegrip van de verplichting om potentiële gegadigden tijdig en adequaat op de hoogte te stellen van de beschikbaarheid van een schaars publiek recht en de te volgen procedure – berust, althans voor zover de wet zulks niet voorschrijft, op het ongeschreven recht. In de rechtspraak worden daarvoor verschillende rechtsbeginselen aangevoerd. We kwamen in het bijzonder tegen het *proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel* (Schindler), het *zorgvuldigheidsbeginsel* en het *motiveringsbeginsel* (Swiss Leisure Group). Waar het de wijziging van de procedure betreft, is ook het *rechtszekerheidsbeginsel* relevant, waaruit in de rechtspraak zware eisen voor de besluitvormingsprocedure

³⁴ Van Ommeren 2004, p. 76.

worden afgeleid (Lanaut, Albert Heijn). (Zie over het wijzigen van procedure nader paragraaf 3.6.)

Het is mijns inziens enigszins opmerkelijk dat in de hier geanalyseerde rechtspraak het *gelijkheidsbeginsel* nog vrijwel niet te berde is gebracht als mogelijke grondslag voor de verplichting voor bestuursorganen om schaarse publieke rechten in een lichte vorm van mededinging te verdelen. De verklaring voor het ontbreken van dit beginsel is vermoedelijk dat in het Nederlandse bestuursrecht een beroep op het gelijkheidsbeginsel als uiterst lastig geldt en zelden slaagt.³⁵ Niettemin ligt het gelijkheidsbeginsel als rechtsgrond in zoverre voor de hand dat juist dit beginsel het grondbeginsel is dat bij alle verdelingsprocedures in acht genomen dient te worden.³⁶ Oogmerk van de (lichte) mededinging is immers de potentiële gegadigden een *gelijke* kans op het schaarse publieke recht te geven. Het is ook met het oog daarop dat de eis van transparantie pleegt te worden gesteld.

Transparantie is een noodzakelijke voorwaarde om mededinging te kunnen bewerkstelligen. Als potentiële gegadigden niet gelijkelijk worden geïnformeerd over de beschikbaarheid van het recht, zal de mededinging immers niet goed van de grond kunnen komen. Hoewel het *transparantiebeginsel* in de Nederlandse rechtspraak nog nauwelijks expliciet naar voren komt, wordt het in de literatuur ook gelezen in jurisprudentie waarin dit beginsel niet met zoveel woorden wordt genoemd.³⁷ Anders dan de andere rechtsbeginselen is het transparantiebeginsel geen in de Nederlandse rechtspraak erkend algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Wel wordt het een enkele keer in de rechtspraak in een meer specifieke context in samenhang met andere beginselen genoemd, te weten samen met objectiviteit en non-discriminatie (SLAM!FM, Lanaut).

Het transparantiebeginsel is bekend uit het Europese recht, te noemen vallen in het bijzonder het telecommunicatierecht (als bijzonder mededingingsrecht),³⁸ het aanbestedingsrecht³⁹

35 In de zaak Pierik en Meson is het gelijkheidsbeginsel aangevoerd als een van de gronden om te onderbouwen dat het bestuursorgaan ten onrechte geen beleid heeft vastgesteld voor het geval dat meer dan één aanvraag wordt ingediend. Het beroep op dit beginsel faalt volgens het CBB reeds omdat de aanvragen van Flash en Pierson geen gelijke gevallen zijn die gelijk dienen te worden behandeld. (Uiteraard moet voor een goed begrip van dit oordeel niet uit het oog worden verloren dat in dat geval was gekozen voor de procedure van wie het eerst komt, het eerst maalt.)

36 Van Ommeren 2004, p. 45.

37 Drahmman 2010, p. 167 en Buijze & Widdershoven 2010, p. 597-598.

38 Richtlijn 2002/21/EG Gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb 2002, L 108/33 (kortweg: Kaderrichtlijn) laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG en richtlijn 2002/20/EG Machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb 2002, L 108/21 (kortweg: Machtigingsrichtlijn) laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG. Zie ook de rechtspraak in paragraaf 2.

39 Richtlijn 2004/18/EG, houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten voor werken, leveringen en diensten, PbEU 2004, L 134/114 (kortweg: Aanbestedingsrichtlijn) en richtlijn 2004/17/EG, houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PbEU 2004, L 134/1 (kortweg: Richtlijn nutssectoren).

en de Dienstenrichtlijn.⁴⁰ Dat de Nederlandse bestuursrechter dit beginsel niet zonder meer erkent als *algemeen* beginsel van behoorlijk bestuur, hoeft niet te verwonderen. Daarvoor zou het immers een zeer algemene strekking moeten hebben. Het is voor de rechter beslist een grote stap om in een concreet geval een nieuw algemeen rechtsbeginsel te aanvaarden. Voor de ontwikkeling van algemene beginselen van behoorlijk bestuur is de weg van de geleidelijkheid bepalend.⁴¹ Zoiets gaat casus- of stapsgewijs en wordt in een incrementeel proces gerealiseerd. In ieder geval zou mijns inziens eerst meer precies in kaart moeten worden gebracht wat erkenning van het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur nu wel of niet toevoegt aan ons recht. In het bijzonder is het de vraag wat dit beginsel toevoegt aan de al bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in hoeverre het meer is dan een middel om andere beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, te realiseren.⁴² Het valt dan ook goed te begrijpen dat de rechter voor de vestiging van de plicht tot het creëren van mededingingsruimte aansluiting zoekt bij de wel in ons recht erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Dat het CBB daarbij in het bijzonder kiest voor het zorgvuldigheidsbeginsel (Swiss Leisure Group), valt goed te begrijpen: de plicht alvorens een besluit te nemen de nodige kennis te vergaren wordt naar Nederlands recht op het formele zorgvuldigheidsbeginsel gebaseerd en teneinde die nodige kennis te kunnen vergaren dient het bestuursorgaan potentiële gegadigden te informeren. Transparantie is dan ook onder meer een deelaspect van formele zorgvuldigheid en in zoverre naar Nederlands recht terug te vinden in het formele zorgvuldigheidsbeginsel. Het transparantiebeginsel is eveneens ten dele terug te vinden in ons formele rechtszekerheidsbeginsel.⁴³

c. Reikwijdte: een algemene rechtsnorm

De norm die bestuursorganen verplicht om mededingingsruimte te creëren en potentiële gegadigden tijdig en op adequate wijze te informeren, geldt, zo bleek, niet alleen als de wetgever een bepaald verdelingsdoel, zoals efficiëntie, heeft gekozen, maar óók voor de verlening van vergunningen of ontheffingen die respectievelijk op de Wet op de kansspelen of de Winkeltijdenwet zijn gebaseerd (Swiss Leisure Group, Pierik en Meson, Dirk van den Broek & Albert Heijn). Het belang van het verschil tussen de telecommunicatiewetgeving enerzijds en de Wet op de kansspelen en de Winkeltijdenwet anderzijds blijkt voor de analyse van de daarop gebaseerde rechtspraak tamelijk groot. De bestuursrechter heeft deze ongeschreven rechtsnorm vastgesteld omdat er sprake is van schaarste en het (blijk-

40 Richtlijn 2006/123, PbEU 2006, L 376/36.

41 Zie voor de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, diss. UvA, Deventer 1990, p. 11. e.v.

42 Waarover Drahmman 2010, p. 171 e.v. en Buijze & Widdershoven 2010, p. 605, 606 en meer uitvoerig de bijdrage van Drahmman aan deze bundel.

43 Zie Van Ommeren 2004, p. 49.

baar) vanwege die schaarste niet aanvaardbaar is dat derden dan niet de kans hebben gehad om mee te dingen. Ik meen op die grond dat het niet te gewaagd is te veronderstellen dat als uitgangspunt genomen moet worden dat deze norm in beginsel voor *alle* schaarse publieke rechten geldt, tenzij er een gegronde reden is om er een uitzondering op te maken. Het is enkel de schaarste die de reden is dat alle potentiële aanvragers de gelijke kans moeten krijgen om mee te dingen. Vandaar dat aan deze norm een grote reikwijdte moet worden toegekend. Aangezien dit uitgangspunt op het ongeschreven recht is gebaseerd, zal het uitzondering leiden als de wetgever daar een stokje voor steekt.⁴⁴

Tegen het standpunt dat deze norm een grote reikwijdte heeft, kan worden ingebracht dat de bevindingen nog niet op veel jurisprudentie zijn gebaseerd. Toch meen ik dat het onmiskenbaar de richting is waarin de rechtspraak zich ontwikkelt. Bovendien staat de grote reikwijdte van deze norm niet in de weg aan het maken van enige uitzonderingen, bijvoorbeeld in het geval dat de feitelijke constellatie zo in elkaar steekt dat het is uitgesloten dat er meer dan één gegadigde kan zijn die aan de wettelijke eisen voldoet (Swiss Leisure Group).

d. Rechtskracht: een zwakke rechtsnorm

Tegelijkertijd moet niet uit het oog worden verloren dat de algemene rechtsnorm – die, zoals meermalen gezegd, inhoudt dat er enige mededingingsruimte moet zijn en dat het bestuur potentiële gegadigden tijdig en adequaat op de hoogte moet stellen – tamelijk zwak van aard is.⁴⁵ Zij schrijft immers slechts een lichte vorm van mededinging voor. Het betreft dus een rechtsnorm met een relatief grote reikwijdte maar een zwakke rechtskracht.

De vergelijking tussen de jurisprudentie op grond van de Wet op de kansspelen en de Winkeltijdenwet enerzijds en de Telecommunicatiewet anderzijds geeft deze gevolgtrekking meer reliëf. Blijkens de jurisprudentie verschilt de gevonden algemene rechtsnorm van het cluster van interfererende rechtsnormen van transparantie, objectiviteit en non-discriminatie. Dat is een cluster van normen dat in verband met het door de wetgever gekozen verdelingsdoel van efficiëntie tot de keuze voor een bepaald soort procedure kan dwingen (o.a. SLAM!FM).

44 De wetgever dient daarbij echter wel in acht te nemen dat nationale maatregelen die de uitoefening van de in het WEU gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Zie in het bijzonder HvJ EG 30 november 1995, C-55/94; NJ 1997, 53 (Gebhard); HvJ EG 6 november 2003, C-243/01 (Gambelli); HvJ EG 6 maart 2007, C-338/04 (Placania) en HvJ EG 13 september 2007, C-260/04 (Commissie / Italië).

45 Meer nog dan in het publiekrecht is het in de civiele rechtsleer gebruikelijk te onderscheiden tussen zwakke en sterke rechtsnormen. Zie over een algemene zwakke zorgplicht als grondnorm: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. UvA 2006, Deventer 2007, p. 99.

De werking van deze zwakke algemene rechtsnorm sluit uiteraard niet uit dat op specifieke terreinen wat de mededinging betreft zwaardere eisen worden gesteld. Op het terrein van de telecommunicatie valt bijvoorbeeld te denken aan het reserveren van bepaalde frequenties voor nieuwkomers of het geheel uitsluiten van zittende partijen (vgl. artikel 3.3, tiende lid, Tw).⁴⁶

3.3 *Vergelijking met het aanbestedingsrecht*

Wat het lichte karakter van de mededinging betreft kan een vergelijking worden gemaakt met het aanbestedingsrecht. Het gewone aanbestedingsrecht staat bekend om zijn strenge procedures met fatale termijnen. De algemene uitgangspunten en fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht worden ingevolge het primaire Unierecht echter ook toegepast op overheidsopdrachten die niet onder de strikte werking van de aanbestedingsrichtlijnen vallen.⁴⁷ Daarbij moet niet alleen worden gedacht aan opdrachten waarvan de waarde onder de toepassingsdrempels valt maar vooral ook aan de verlening van concessies voor diensten en enige andere soorten overheidsopdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn.⁴⁸ Sinds kort is de reikwijdte van deze jurisprudentiële lijn uitgebreid doordat de uitgangspunten en beginselen ook van toepassing worden geacht op een ander soort rechtshandelingen dan het verstrekken van overheidsopdrachten, te weten de verlening van schaarse vergunningen.⁴⁹ De uitspraak waarin deze uitbreiding plaatsvond had betrekking op een gesloten stelsel van kansspelvergunningen met slechts één vergunning per kansspel.⁵⁰

De nationale autoriteiten – naar Nederlands recht in de regel: bestuursorganen⁵¹ – dienen op grond hiervan met name het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de daaruit voortvloeiende transparantiever-

46 Waarover onder meer Van Eijk & Hins in hun bijdrage aan deze bundel.

47 Waarover E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse Aanbestedingsrecht*, 4^e druk Den Haag 2009, p. 149 e.v., Drahmann in haar bijdrage aan deze bundel en de oratie van Elisabetta Manunza van 29 september 2010 (n.n.g.). Zie over de aanbestedingsplicht (in de ruime zin) op grond van de Dienstenrichtlijn: A. Stellingwerff Beintema, De Dienstenrichtlijn en aanbestedingsregels, *Gst.* 2010, nr. 7336, 49, p. 221 e.v.

48 HvJ EG 7 december 2000, C-324/98; NJ 2001, 387 (Telaustria); HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, NJ 2006, 171 (Coname); HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, NJ 2006, 226 (Parking Brixen); HvJ EG 13 september 2007, C-260/04 (Commissie / Italië); HvJ EG 13 november 2008, C-324/07 (Coditel Brabant); HvJ EG 10 september 2009, C-206/08 (Eurawasser); HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, NJ 2010, 367 (Wall); HvJ EU 9 september 2010, C-64/08 (Engelmann).

49 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08; JB 2010, 171 m.nt. C.J. Wolswinkel (Betfair).

50 Het is strikt genomen afwachten of deze lijn nu ook van toepassing zal zijn op de verdeling van nog andere schaarse publieke rechten, zoals schaarse subsidies. Het komt mij voor dat zulks wel in de rede ligt.

51 Het Europese begrip 'aangebestedende dienst' valt niet geheel samen met het Nederlandse begrip 'bestuursorgaan'.

plichting in acht te nemen.⁵² De transparantieplichting houdt in het bijzonder in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid dient te worden gegarandeerd.⁵³ Oogmerk van de transparantie is dat de markt, althans het beschikbare recht, voor mededinging openstaat en de gunningsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.⁵⁴ Dit impliceert niet noodzakelijkerwijs dat een aanbesteding (in strike zin) moet worden uitgeschreven.⁵⁵

Deze rechtspraak is van toepassing wanneer een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar het betrokken recht wordt verleend, in het recht geïnteresseerd kan zijn.⁵⁶ Dit zogeheten grensoverschrijdende belang wordt betrekkelijk snel verondersteld aanwezig te zijn.⁵⁷

Deze aanbestedingsplicht in ruime zin geldt als controversieel⁵⁸ en ook is nog niet erg duidelijk hoe ver zij strekt en wat zij precies inhoudt. Iets soortgelijks geldt mijns inziens ook voor de mededingingsruimte voor de verdeling van schaarse publieke rechten: er geldt een licht regime, waarvan nog niet heel erg duidelijk is wat dat precies inhoudt, maar dat (blijkbaar) een betrekkelijk grote reikwijdte heeft.

3.4 Terminologie: mededinging

Tegen de achtergrond van dit lichte en ook nog wat diffuse karakter kan ook goed iets gezegd worden over de hier gebezigde terminologie. Ik spreek in deze bijdrage meestal over de ruimte voor 'mededinging'. Dat doe ik omdat het CBB in de meest in het oog springende uitspraak, over de Swiss Leisure Group, overwoog dat in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden om "mee te dingen" naar de schaarse vergunning. Ook de Afdeling spreekt over het "meedingen" naar de verkrijging van de vergunning (Schindler). Mededinging wil hier – vanwege haar lichte karakter – naar mijn indruk niet veel meer zeggen dat er met anderen, met derden, om iets wordt geconcentreerd en dat die derden daarvoor de mogelijkheid moeten krijgen. De mededinging maakt mogelijk dat de aanvragers met elkaar kunnen wedijveren om het schaarse publieke recht. Op grond daarvan kan op de een of andere manier een rangschikking worden gemaakt. De term mededinging wordt hier dus ruim opgevat. Vandaar dat ook, tamelijk losjes, kan worden gesproken

52 Zie onder meer de arresten: Telaustria (pt. 61), Eurawasser (pt. 44), Wall (pt. 33) en Betfair (pt. 39).

53 Zie onder meer de arresten: Telaustria (pt. 62), Coditel Brabant (pt. 25), Wall (pt. 36) en Betfair (pt. 41).

54 Zie onder meer de arresten: Telaustria (pt. 62), Coditel Brabant (pt. 25), Wall (pt. 36) en Betfair (pt. 41).

55 Zie onder meer de arresten: Coditel Brabant (pt. 25) en Betfair (pt. 41).

56 Zie onder meer de arresten: Coname (pt. 17), Wall (pt. 33) en Betfair (pt. 40).

57 In HvJ EG 15 mei 2008, C-148/06 (SECAP) wordt het grensoverschrijdende belang geconcretiseerd.

58 Zie het debat in de bundel E. Manunza & L. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?* Nijmegen 2006, met Manunza als voorstander en Drijber, Hessel en Pijnacker Hordijk als tegenstanders. Zie voor kritiek op deze jurisprudentie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 173.

over 'wedijver', 'concurrentie' of 'competitie', zonder dat daarmee echt iets anders wordt bedoeld.

Een enkele keer viel ook de term 'aanbesteding'. In de Afdelingsuitspraak inzake Schindler wordt gesproken over "enige vorm van aanbesteding" bij de verlening van de vergunningen. Ook daarmee wordt mijns inziens niet iets wezenlijk anders bedoeld dan dat de aanbieder (de aanbestedende dienst) enige vorm van mededingings-, concurrentie- ofwel competitieruimte moet bieden. In de literatuur wordt door sommigen eveneens een dergelijk ruim aanbestedingsbegrip voorgestaan.⁵⁹

3.5 *Principieel onderscheid: beschikbaarheid van het recht en verdelingsprocedure*

In de analyse van de rechtspraak kwam ook de vraag aan de orde in hoeverre uit dit (lichte) vereiste tot het creëren van mededingingsruimte een verplichting tot het gebruik van een bepaald soort verdelingsprocedure kon worden afgeleid, dan wel dat het juist aan een bepaald soort procedure in de weg staat. Dat laatste blijkt niet het geval te zijn. Ook de procedure waarbij de *volgorde van de binnenkomst van de aanvraag* beslissend is, dient te voldoen aan de hierboven gevonden zwakke, algemene rechtsnorm dat de potentiële gegadigden moeten kunnen meedingen naar het schaarse publieke recht en dat deze gegadigden derhalve tijdig en adequaat moeten worden geïnformeerd over de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht en de te volgen procedure. Praktisch laat zich dat wellicht niet in alle gevallen goed denken, maar ook bij schaarse publieke rechten kan de race tegen de klok een aanvaardbare manier van verdelen zijn (Pierik en Meson, Dirk van den Broek, Albert Heijn). De hier gevonden zwakke, algemene rechtsnorm staat er in principe niet aan in de weg dat het schaarse publieke recht met behulp van de methode van wie het eerst komt, het eerst maalt, wordt verdeeld.

Het is dan ook van principieel belang uitdrukkelijk te *onderscheiden* tussen enerzijds de beschikbaarheid van – ofwel: de toegang tot – het schaarse publieke recht en anderzijds de procedure aan de hand waarvan dit recht wordt verdeeld. Uit de omstandigheid dat het recht schaars is valt een aantal eisen af te leiden dat betrekking heeft op de *beschikbaarheid*. Zoals gezegd, zijn dat er in ieder geval twee: er moet enige mededingingsruimte worden gecreëerd en de verlener moet de potentiële gegadigden tijdig op de hoogte stellen van die beschikbaarheid. Het feit dat het recht schaars is *dwingt juridisch niet* tot gevolgtrekkingen over het *soort verdelingsprocedure* dat moet worden gehanteerd. Zoals gezegd is ook de

59 M.n. reeds door E.R. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, diss. VU 2001, p. 33 e.v.

procedure van wie het eerst komt, die het eerst maalt, ondanks de verplichting mededingingsruimte te creëren, bij schaarste niet uitgesloten.⁶⁰

Een helder, buiten de rechtspraak gelegen, voorbeeld hiervan biedt de schaarse parkeervergunning voor bewoners van grote steden, waarbij de volgorde van binnenkomst van de aanvraag bepalend is, waardoor meer dan eens wachtlijsten bestaan. Beoordeeld in het licht van de hier besproken rechtspraak is deze bestuurspraktijk aanvaardbaar. Aan de algemene rechtsnorm is voldaan, hetgeen deze verdelingsmethode niet uitsluit. Potentiële gegadigden worden immers op de hoogte gesteld van de (beperkte) verkrijgbaarheid van deze vergunning. Zij kunnen naar deze vergunning meedingen en met elkaar concurreren door eerder een aanvraag in te dienen.

De afwezigheid van een juridisch noodzakelijk verband tussen de beschikbaarheid van het schaarse recht en de keuze voor het soort verdelingsprocedure neemt overigens niet weg dat ook vanuit juridisch perspectief wel degelijk iets waardevols kan worden gezegd over de wenselijkheid van bepaald soort verdelingsprocedure. Zo heb ik elders een andere verdelingsmethodiek voor de verdeling van parkeervergunningen bepleit.⁶¹ Bovendien neemt dit principiële onderscheid al helemaal niet weg dat op politiek-bestuurlijke gronden in wet- of regelgeving het verband daarentegen soms juist wel wordt gelegd: wanneer de vraag naar bepaalde frequentieruimte groter is dan het aanbod worden de veiling of de vergelijkende toets in principe toegepast, terwijl de methode waarbij de volgorde van binnenkomst van de aanvraag bepalend is, hier wordt toegepast als er geen schaarste is.⁶² Dit laatste is overigens te meer van belang nu door de zich snel ontwikkelende techniek de relatieve schaarste aan frequenties zal afnemen.⁶³

3.6 *Verdelingsprocedures: strenge eisen en wijzigingsverbod*

Is de mate waarin bij schaarste op grond van het ongeschreven recht mededinging is voorgeschreven gering, de *eisen* die voor de verdeling van schaarse publieke rechten aan de gekozen *besluitvormingsprocedure* worden gesteld, zijn evenwel *streng* (Dirk van den Broek, Albert Heijn). Niet alleen moet voor potentiële gegadigden kenbaar zijn of de vergunning beschikbaar is, ook moet duidelijk zijn wat de te volgen procedure is (Pierik en

60 Ook de (Europeesrechtelijke) eis van transparantie en onpartijdige procedure lijkt geen van de mogelijke procedures bij voorbaat uit te sluiten, zie: C.J. Wolswinkel, Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen, *SEW* 2009, p. 287 e.v. en van dezelfde auteur: The Allocation of a Limited Number of Authorisations, *REALaw* 2009, vol. 2, nr. 2, p. 61 e.v.

61 Van Ommeren 2004, p. 5.

62 Vgl. NvT Frequentiebesluit (Stb. 1998, 638), p. 9.

63 Vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31 412, nr. 3, p. 1, 2 (MvT bij de Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de Nota frequentiebeleid 2005).

Meson). Aan het onderscheid tussen de verschillende soorten mogelijke verdelingsprocedures wordt door de rechter streng de hand gehouden: de keuze voor een vergelijkende toets sluit *ten principale* uit de procedure waarbij de volgorde van ontvangst van de aanvraag bepalend is (Albert Heijn). Het lijkt mij niet dat de rechter hiermee combinaties van verschillende verdelingsprocedures principieel wil uitsluiten, maar wel dat het CBB hiermee zegt dat combinaties van te voren helder moeten worden bekendgemaakt en dat de keuze voor een bepaald soort procedure in principe in de weg staat aan het (aanvullend) hanteren van een andere procedure, tenzij de toepasselijkheid van die (aanvullende) procedure van te voren is bekendgemaakt.⁶⁴

Hangende de besluitvormingsprocedure mag het bestuursorgaan bovendien in beginsel *niet* het soort procedure *wijzigen* (Lanaut, Albert Heijn). Wanneer het bestuursorgaan ziet aankomen dat geen enkele potentiële gegadigde aan de criteria voor vergunningverlening kan voldoen, is het derhalve van belang voor zover mogelijk vóór aanvang van de procedure de criteria aan te passen, aangezien zulks gedurende de rit niet meer is toegestaan (Lanaut). De rechter laat ruimte voor een uitzondering op dit wijzigingsverbod indien geen afbreuk wordt gedaan aan het belang van de aanvrager die overeenkomstig het oorspronkelijke soort procedure zijn aanvraag heeft ingediend en zijn handelwijze heeft bepaald (Albert Heijn).

Dit wijzigingsverbod wordt niet alleen gebaseerd op het rechtszekerheidsbeginsel, maar incidenteel ook op grond van objectiviteit en transparantie tezamen (Lanaut). Zelfs indien het bestuursorgaan *uit eigen beweging* heeft gekozen voor een bepaald soort procedure geldt dit wijzigingsverbod (Lanaut). Ook hier is een parallel te trekken met het aanbestedingsrecht, waar eveneens geldt dat als het bestuur voor een bepaald soort procedure heeft gekozen, al is dat vrijwillig gebeurd, het dan wel met huid en haar aan die procedure vast zit. Ook al was het bestuur niet verplicht van een aanbestedingsprocedure gebruik te maken, als het daarvoor toch heeft gekozen mag het niet meer gedurende het verdelingsproces daarvan afzien.⁶⁵

Voor zover wordt afgeweken van criteria die zijn vastgelegd in beleidsregels, toetst de rechter de toelaatbaarheid van deze afwijking aan artikel 4:84 Awb (Lanaut). Gezien de zeer geringe ruimte die de rechtspraak voor het afwijken laat, kan men zich echter afvragen of de inherente afwijkingsbevoegdheid die artikel 4:84 Awb toekent, voor beleidsregels die betrekking hebben op de verdeling van schaarse publieke rechten, ondanks haar op zichzelf tamelijk stringente karakter, niet te royaal is. Het jurisprudentiële afwijkingsverbod is wezenlijk strenger dan artikel 4:84 Awb. In de literatuur is wel bepleit artikel 4:84 Awb niet op schaarse publieke rechten van toepassing te laten zijn.⁶⁶

64 Zie meer uitvoerig over de wijzen waarop verdelingsprocedures kunnen worden onderscheiden C.J. Wolsinkel in zijn bijdrage aan deze bundel.

65 Zie: HR 4 april 2003, AB 2003, 365 m.nt. FvO (ComforMed).

66 Vgl. Drahmann 2010, p. 179.

3.7 *Vervolg vragen*

Met de constatering dat de verplichting om enige mate van mededingingsruimte te creëren en potentiële gegadigden op de hoogte te stellen een zwakke rechtsnorm is die een grote reikwijdte heeft, is uiteraard lang niet alles gezegd. Evenmin kan worden volstaan met de constatering dat bij schaarse publieke rechten aan de besluitvormingsprocedures zelf strenge eisen moeten worden gesteld. Er rijzen nogal wat vervolgvragen, waarop toekomstige rechtspraak een licht zal moeten werpen. Zo is nog niet duidelijk op welk moment en op welke wijze het bestuursorgaan de potentiële gegadigden moet informeren om aan deze norm te voldoen. Ook is nog niet helemaal duidelijk op wie de verplichting rust om de aankondiging te doen: is dat uitsluitend het tot verlening bevoegde bestuursorgaan of mag dat ook een andere instantie zijn? Voorts is niet duidelijk voor welke fases van de verdelingsprocedure de verplichting tot informatieverstrekking geldt: uitsluitend voor de bekendmaking van de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht of ook voor de selectie, de gunning en de toekenning ervan? Hiermee hangt samen dat nog niet helemaal duidelijk is in hoeverre welke informatie precies moet worden verstrekt: de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht, de te volgen procedure en ook nog andere zaken? Ten slotte rijst opnieuw de vraag op welke rechten deze rechtsnorm nu precies van toepassing is. Het antwoord dat zij geldt voor de toekenning van schaarse publieke rechten, dwingt het tot het krijgen van een scherper antwoord op de vraag welke rechten als zodanig moeten worden aangemerkt.

4 **SAMENVATTING EN CONCLUSIES**

In deze bijdrage stond de vraag centraal wanneer een schaars publiek recht door middel van een systeem met mededinging moet worden verdeeld. Op grond van de hiervoor geanalyseerde rechtspraak moet het antwoord luiden dat in beginsel alle schaarse publieke rechten door middel van een of andere vorm van mededinging moeten worden verdeeld. Uit de nog niet al te omvangrijke rechtspraak valt een algemene rechtsnorm te destilleren, die inhoudt dat bestuursorganen verplicht zijn om voor de verdeling van schaarse publieke rechten enige mededingingsruimte te scheppen – met inbegrip van de verplichting om potentiële gegadigden tijdig en adequaat op de hoogte te stellen van het feit dat een schaars publiek recht beschikbaar is en wat de te volgen procedure is. Deze algemene rechtsnorm wordt in de rechtspraak thans (nog) op verschillende rechtsbeginselen gebaseerd. Met name in de literatuur wordt hiervoor ook het transparantiebeginsel aangevoerd. De beschikbaarheid van een schaars publiek recht moet uit juridisch oogpunt principieel worden onderscheiden van de keuze voor een bepaald soort verdelingsprocedure. Uit de toepasselijkheid van de algemene rechtsnorm die verplicht om mededingingsruimte te

creëren vloeit niet reeds een keuze of een beperking van de keuzeruimte voort voor een bepaald soort verdelingsprocedure. De algemene rechtsnorm staat er niet aan in de weg dat de schaarse publieke rechten aan de hand van een procedure worden verleend waarin de volgorde van de ontvangst van de aanvraag beslissend is. Dit is een reden te meer om te spreken van een rechtsnorm die dwingt tot een lichte mededingingseis. Wat het rechtskarakter betreft kan men dan ook spreken van een zwakke algemene rechtsnorm. De reikwijdte van deze algemene rechtsnorm blijkt niet afhankelijk te zijn van een wettelijk verdelingsdoel, zo volgt in het bijzonder uit de analyse van de rechtspraak die gebaseerd is op de Wet op de kansspelen en de Winkeltijdenwet. Deze norm wordt door de rechter óók van toepassing geacht in die gevallen dat de wetgever noch uitsluitel heeft gegeven over het doeleinde of oogmerk van de verdeling, noch over het soort verdelingsprocedure dat dient te worden gehanteerd.